



图书馆建设

Library Development

ISSN 1004-325X, CN 23-1331/G2

《图书馆建设》网络首发论文

题目：数据库出版商超高定价的反垄断法规制研究
作者：陈学宇
网络首发日期：2019-04-17
引用格式：陈学宇. 数据库出版商超高定价的反垄断法规制研究[J/OL]. 图书馆建设. <http://kns.cnki.net/kcms/detail/23.1331.g2.20190412.1305.004.html>



网络首发：在编辑部工作流程中，稿件从录用到出版要经历录用定稿、排版定稿、整期汇编定稿等阶段。录用定稿指内容已经确定，且通过同行评议、主编终审同意刊用的稿件。排版定稿指录用定稿按照期刊特定版式（包括网络呈现版式）排版后的稿件，可暂不确定出版年、卷、期和页码。整期汇编定稿指出版年、卷、期、页码均已确定的印刷或数字出版的整期汇编稿件。录用定稿网络首发稿件内容必须符合《出版管理条例》和《期刊出版管理规定》的有关规定；学术研究成果具有创新性、科学性和先进性，符合编辑部对刊文的录用要求，不存在学术不端行为及其他侵权行为；稿件内容应基本符合国家有关书刊编辑、出版的技术标准，正确使用和统一规范语言文字、符号、数字、外文字母、法定计量单位及地图标注等。为确保录用定稿网络首发的严肃性，录用定稿一经发布，不得修改论文题目、作者、机构名称和学术内容，只可基于编辑规范进行少量文字的修改。

出版确认：纸质期刊编辑部通过与《中国学术期刊（光盘版）》电子杂志社有限公司签约，在《中国学术期刊（网络版）》出版传播平台上创办与纸质期刊内容一致的网络版，以单篇或整期出版形式，在印刷出版之前刊发论文的录用定稿、排版定稿、整期汇编定稿。因为《中国学术期刊（网络版）》是国家新闻出版广电总局批准的网络连续型出版物（ISSN 2096-4188，CN 11-6037/Z），所以签约期刊的网络版上网络首发论文视为正式出版。

数据库出版商超高定价的反垄断法规制研究*

陈学宇

[摘要] 反垄断法规制数据库出版商的超高定价具有正当性。当相关数据库出版市场存在长期且持续的较高准入门槛、数据库出版商具有高度市场支配地位并且相关《价格法》和价格监管部门难以对其进行管制之时，反垄断法的介入是推动数据文献资源价格水平回归市场竞争状态的重要手段。我国反垄断法对数据库出版商超高定价行为的规制，与规制一般经营者超高定价的基本逻辑一脉相承，但必须考虑到数据库出版行业的特殊性。相关市场的界定可以在综合分析实际使用用户的需求和供给两方面因素基础上，使用假定垄断者测试法进行界定；判断数据库出版商定价是否超高的方法应当采用可参照价格比较法；如果实施经营者承诺制度就能推动数据文献资源价格水平回归市场竞争状态，则应予适用。

[关键词] 数据库出版商 超高定价 反垄断法 规制路径

[中图分类号] D922.29 [文献标识码] A

Study on Antitrust Regulation Against Database Publisher' s Excessive Pricing

Chen Xueyu

[Abstract] The Antitrust Law regulation of the excessive pricing of database publishers has the legitimacy. The intervention of anti-monopoly law becomes a necessary means to promote the price level of data literature resources to return to market competition level, when the relevant database publishing market has

* 本文系 2017 年度教育部人文社会科学研究青年基金项目“互联网环境下版权交易规则体系构建研究”阶段性研究成果，项目编号：17YJC820017。

a long-term and sustained high access threshold and database publishers have a strong market dominance and the Price Law and price regulatory department fail to control the price. The Antitrust Law regulation of the excessive pricing of database publishers is consistent with the basic logic of regulation on the excessive pricing of general operators in China, but the particularity of database publishing industry must be taken into account. The way to definition of relevant markets can use SSNIP test, which is based on the comprehensive analysis the demand and supply factors of actual User. The method of judging whether the price of database publishers is excessive should adopt the comparable price method. And if operators commitment system can promoting price level of data literature resources to return to market competition level, it should be implemented.

[Keywords] Database Publishers; Excessive Pricing; Antitrust Law; Regulation Path

随着数字技术的快速发展与广泛应用，数字文献资源日益成为科学研究的基本需求，而数据库资源建设也成为了我国图书馆建设的重点领域。作为图书馆数字文献资源的主要供给方，国内外一些知名数据库出版商凭借其拥有的数据库版权，在相关数据库出版市场已建立了相应的垄断地位，具有强大的定价话语权。近十几年来，国内外数据库出版商对我国图书馆界普遍开始大幅涨价^[1]；其中，以 Elsevier 等国内外知名数据库出版商尤甚，其价格持续上涨时间之久和涨幅之高令图书馆界倍感压力，甚至还引发了我国高校图书馆界的诸多抵制行动^①。2014 年，程焕文发表博文，围绕数据库出版

① 例如，2010 年 9 月 2 日，我国国内 33 家图书馆联合发布《致国际出版商的公开信》和《致中国科技文献消费者的公开信》，联合反对个别国际出版商在全文数据库价格上大幅度涨价的态度，并呼吁更多人采取抵制措施。2016 年以来，北京大学等高校也发起了类似的抵制事件。

商的随意定价和大幅持续涨价等问题提出了著名的“程焕文之问”，推动了图书馆界在抵制数据库出版商超高定价方面进行了一系列研究讨论^[2]和联合行动。经过多年的谈判与博弈，虽然我国图书馆界在联合抵制数据库出版商过高价格的行动中取得了一定的效果，部分遏制了数据库出版商的涨价行为，但是只要学术科研的数字文献刚性需求和数据库出版商的版权垄断现状持续，图书馆界在与数据库出版商谈判过程中议价能力薄弱的处境就难以得到实质性的改变^[3]。由于《价格法》和价格监管部门在处理数据库商品价格高昂方面缺乏有效的规制手段，为维护数据库出版市场的公平竞争秩序，从反垄断法视角探讨数据库出版商高昂价格的合法性问题，或许能够推动出现失衡的“图书馆与数据库出版商之利益天平”回归平衡。

数据库出版商凭借版权优势在相关数据库出版市场形成垄断地位，进而向图书馆收取高昂价格的行为，可能构成反垄断法上滥用知识产权索取超高定价（或称“不公平高价”）行为。目前国内图书馆学界已开始呼吁我国反垄断执法部门和法院适用《反垄断法》第17条第1项关于禁止超高定价的规定，对数据库出版商的大幅度涨价行为进行规制^[4]。然而，纵观现有研究成果，相关学者对“如何适用《反垄断法》的禁止超高定价规定规制数据库出版商的超高定价行为”这一问题均是只是简要提及，尚不足以为反垄断法实践提供充分的理论支撑。鉴于近年来我国反垄断法已经开始在若干领域规制超高定价，本文拟从我国反垄断法的理论和实践出发，参考国际实践经验，对反垄断法规制数据库出版商超高定价的正当性及其适用范围进行界定，并结合数据库出版商定价行为和交易结构的特殊性，具体分析其规制难点，希望能为未来我国反垄断法规制超高定价实践提供更为清晰的参考。

1. 反垄断法规制数据库出版商超高定价的正当性及其适用范围

1.1 反垄断法规制数据库出版商超高定价的正当性

反垄断法视野下，数据库出版商是指从事搜集、整理、存储期刊杂志所出版的文献

数据资料形成一定组织方式的数据库商品，并向消费者提供数据库商品及相关服务的经营者，主要包括传统出版巨头、科学学会或学术机构和中间集成商三种类型。按照传统的经济学理论，数据库出版商作为市场主体，对其数据库作品进行定价本质上属于一种市场行为，主要应由其根据数据库作品的价值判断自主决定，并受市场价格机制的调节。在一般情况下，如果市场主体对某商品的定价较高就将吸引其他具有提供替代性商品能力的竞争者进入市场参与竞争，其高价自然难以长期维持，因此并不需要政府和法律进行过多干预。然而，数据库出版市场的数据库商品性质和市场供需关系决定了，具有市场控制力的数据库出版商可能无视市场价格调节机制，长期持续地实施超高定价策略。因为：一方面，数据库作品与数据库版权^[5]、数据库特殊版权权利^[6]、版权独家授权许可等版权权利高度重合，一旦数据库出版商凭借这些版权而获得市场控制力，版权将保证其在一定时期内不会面临有效竞争。另一方面，相关数据库作品作为典型的信息商品，沉没成本高昂，具有差异性强、消费者“锁定”效应强、时效性显著和“网络效应”突出等特点^[7]，其他数据库出版商如果无法获得相关版权许可，就很难形成替代性商品，进而无法进入相关市场参与竞争。在此背景下，反垄断法的干预就显得尤为重要。

反垄断法规制数据库出版商超高定价的直接作用，在于提升数据库出版市场的经济效率和激励科研创作。反垄断法的第一目标就是维护经济效率。在垄断环境下，如果数据库出版商凭借其市场控制力，向市场供应的数量远远低于在竞争环境下的商品数量，并要求数据库商品买受人支付与商品价值完全不相当的超高对价，必然将导致部分图书馆和科研工作者离开相关市场，造成无谓损失的产生，影响数据库出版市场的经济运行效率^[8]。而且，超高定价还将导致对科研创作活动的抑制，影响了科研人员的数据文献资源可获得性，对科研和创新将造成严重的损害。反垄断法的适时介入，能够使数据库出版商提供的商品数量处于与有效竞争相平衡的程度，保障科研工作者对相关研究资源的可获得性，从而维护数据出版市场的总体经济效率，营造鼓励科研创作的市场环境。

反垄断法规制数据库出版商超高定价的间接作用，在于维护消费者的利益。维护消

费者的利益是各国反垄断法普遍确立的基本目标之一,而且是现代各国反垄断法特别强调的内容。从反垄断法理论看,数据库出版商的超高定价行为本质上是一种榨取经济利润的剥削性行为,直接损害了作为交易相对人的图书馆的利益,进而对实际用户和学校的利益也造成了剥削。反垄断法对数据库定价权的调整,实际上是在调整数据库出版商与图书馆的合同交易活动,使其与竞争下的合同交易条件保持一致,保障图书馆能够与数据库出版商在相对公平的市场竞争条件下进行价格谈判,避免数据库出版商对图书馆利益的剥削,进而保障消费者和学校的利益。

总而言之,如果数据库出版商已形成垄断地位,索取的超高价格远高于市场竞争水平,并且这种情况长期持续且无法通过市场自由竞争而改变,形成市场价格机制失灵,那么反垄断法的介入可以也应当成为推动数据文献资源价格水平回归市场竞争状态的必要选项。

1.2 反垄断法规制数据库出版商超高定价的适用范围

在国际反垄断法领域,禁止超高定价制度一直存在不少争议;例如,美国等国的立法和司法就一直认为经营者获取垄断价格具有合理性,不应受到规制^[9]。从数据库出版产业发展的角度来看,数据库出版商凭借版权法的保护向图书馆和消费者收取较高的价格或者设定较高的涨幅本身也具有一定的合理性。首先,数据库作为一种典型的信息商品,其建设具有固定成本较高、边际成本较低的特点。数据库出版商搜集、整理、存储期刊杂志所出版的相关文献数据资料(其中包括购买版权作品的许可权)、采用一定的信息组织方式建立数据库、向消费者提供和推广数据库作品以及不断升级数据库功能等行为,都意味着大量资金和技术的投入;正因为初始投入和持续升级的成本较高,数据库出版商自然也希望能够获得较高的收益回报^{[7]114-128}。其次,数据库出版商的价格较高一定程度上是为了弥补其在“纸媒转型期”的阵痛。很多数据库出版商本身就是传统期刊的拥有者,随着纸质期刊需求量的减少,数据库出版商在定价策略上必须考虑提高相应价格,以抵消因为销售电子期刊导致纸质期刊销售量下滑的不利影响,维持期刊的正

常运行。再次，我国作为新兴市场，具有起点低、涨幅高、增长快的普遍特点。我国直至 2002 年才开始有较多的数据库出版商进驻，数据库作品的初始价格仅有美国或者日本的 40%，而且近几年大陆消费者的数据库使用率涨幅很快，因而也会带动价格的普遍上涨^[10]。最后，高价格、高收益作为一个重要的市场信号，最终仍会吸引其他竞争者进入相关数据库出版市场，因此也有利于推动我国数据库出版市场的投资和发展。

尽管数据库出版商向图书馆收取较高价格和获得高回报本身具有一定的合理性，但是从我国反垄断法的角度看，允许数据库出版商凭借知识产权收取较高价格和获得相应的利润，并非是排除禁止超高定价制度的适用，而仅仅是对超高定价制度的适用划定了适用范围而已。换言之，对图书馆收取较高价格和获得高回报的适度尊重，意味着反垄断法规制数据库出版商超高定价的必须满足一定的前提条件。

第一，相关数据库出版市场必须存在长期且持续的较高准入门槛。在相关数据库出版市场只存在较低的准入门槛或者短期的较高准入门槛情况下，反垄断法没有必要进行干预。因为如果准入门槛较低，那么其他数据库出版商就可以快速进入相关数据库出版市场开展有效竞争，其超高定价自然就难以维持。如果较高的准入门槛只是短期的存在，很快就会被价格机制所调整，那么高价应当被视为是对优势数据库出版商创新行为（无论是通过知识产权还是其他正当竞争手段）的鼓励。相反的，只有当市场存在结构性的进入障碍，数据库出版商长期缺乏竞争对手，相关市场失去自我矫正能力的时候，反垄断法对数据库出版商超高定价的干预才是合法且必要的^[11]。

第二，数据库出版商必须具有高度的市场主导地位，而且相关数据库出版商的高度市场主导地位与其超高定价能力之间必须存在紧密的联系。其一，拥有相关知识产权并不意味着数据库出版商一定能够获得市场支配地位，因为现实中很多数据库作品获得的都是非独占版权许可；而且也并非每一个占市场支配地位的数据库出版商都能收取过高的价格，而要分析其是否具有不可替代性。其二，高价格也并不一定是来自数据库出版商的市场支配地位，也有可能来自数据库作品的市场定位、文献数量和质量等商品自身的

竞争优势因素。其三，占市场主导地位的数据库出版商必须拥有相对压倒性的市场力量，能够确保其价格上涨而受到抑制的消费者需求不能从其他竞争对手那里获得满足^[12]。

第三，缺乏其他相关部门法和监管部门对其进行价格管制。“反垄断法不是价格管制法”^[13]，这是世界各国反垄断法普遍认可的基本共识，因此如果数据库出版商的高价能够受到我国《价格法》和价格监管部门的有效规制，则反垄断法不应干预。然而，虽然我国《价格法》规定的经营者不得实施一系列不正当价格行为，与反垄断法所禁止价格垄断行为存在一定程度的竞合问题，但是《价格法》毕竟与《反垄断法》制定于我国经济体制转型期的不同阶段，存在很大差异。表现在：其一，《价格法》并没有对超高定价进行直接规制的条款，国内价格监管部门也未见有对企业超高定价行为进行规制的先例。其二，《价格法》相关规定比较粗糙，实施标准也过于一刀切，缺乏具体的分析和判断标准，既难以确定超高价格与数据库产品的特点、经营者地位、交易结构等复杂要素之关系，也难以对超高定价这样充满争议的定价行为进行合理而有节制的规制^[14]。在现行《价格法》和价格监管部门难以规制数据库出版商超高定价行为的背景下，反垄断法的地位和作用就显得尤为重要。

2 反垄断法规制数据库出版商超高定价的基本路径

2.1 我国反垄断法规制超高定价的实践现状及其启示

我国 2007 年颁布的《反垄断法》于第 17 条第 1 项明确规定“禁止具有市场支配地位的经营者从事以不公平的高价销售商品的行为”，为我国规制经营者超高定价提供了基本法律依据。与《反垄断法》相配套，国家发展改革委员会（以下简称国家发改委）于 2011 年发布了《反价格垄断规定》（以下简称《规定》），其中第 11 条中进一步对认定“超高定价”的考量因素进行了规定，进一步完善了禁止超高定价制度的可操作性。自《反垄断法》正式实施以来，我国反垄断法执法机构和司法部门先后处理了多起涉及超高定价的反垄断案件，有两类经营者的相关定价行为曾被判定为构成超高定价。包括：

(1) 原料药企业的超高定价。2011 年国家发改委对山东潍坊顺通医药有限公司和潍坊市华新医药贸易有限公司实施的超高定价行为进行了查处;这两家企业控制了复方利血平原料药的货源,将销售价格由每公斤不足 200 元提高到 300-1350 元不等,且缺乏合理理由,因此被认定为构成超高定价^[15]。相似的案件还有 2018 年国家市场监管总局查处的扑尔敏原料药案,^②等。(2) 标准必要专利权人的超高定价。在 2013 年广东省高级人民法院二审审结的华为诉 IDC 案中,法院经过比较发现 IDC 公司拟授权给华为的专利使用费均远远高于苹果、三星等公司,因而认为 IDC 公司向华为公司收取的高额专利许可费属于超高定价^③。相似的案件还有 2015 年国家发展改革委查处的“高通公司滥用市场支配地位实施排除、限制竞争的垄断行为案”(以下简称高通案)^④,等。除此之外,在我国音乐行业、移动通信行业、交通运输行业、供热行业等领域也发生了多起涉及超高定价的反垄断法民事诉讼^⑤,虽然这些经营者的定价行为最终并未被认定为构成超高定价,但法院的相关审判思路仍然值得借鉴。然而,截至目前,我国尚未发生涉及数据库出版领域的超高定价案件。

随着我国《反垄断法》“经济宪法”地位日益凸显,理论上讲,任何行业领域内具有市场支配地位的经营者如果实施超高定价,均应当对其进行反垄断调查并进行相应的处理。这不仅于法有据,而且对我国市场经济发展也十分必要。回顾上述案例和相关学界的探讨不难发现,我国反垄断法在规制超高定价问题上已经形成了一些经验,能够为未来规制数据库出版商超高定价提供一些的借鉴和指引:

首先,规制超高定价的路径与规制一般滥用市场支配地位行为的路径应是一致的。在上述案件中,无论是在传统产业领域还是涉及知识产权的新兴产业领域,我国反垄断法规制经营者超高定价的一般逻辑,与我国规制一般滥用市场支配地位行为的思路基本

② 参见国家市场监督管理总局行政处罚决定书国市监处(2018)21 号。

③ 参见广东省高级人民法院(2013)粤高法民三终字第 305 号民事判决书。

④ 参见国家发展和改革委员会行政处罚决定书(发改办价监处罚(2015)1 号)。

⑤ 参见云南省昆明市中级人民法院(2017)云 01 民初 1782 号民事判决书、上海知识产权法院(2015)沪知民初字第 508 号民事判决书、贵州省贵阳市中级人民法院(2014)筑民三(知)初字第 171 号民事判决书和吉林省长春市中级人民法院(2015)长民三初字第 310 号民事判决书,等。

一致，即应按照相关市场界定、市场支配地位认定、超高定价判定和豁免理由考察一般不走进行分析和规制^[16]。但反垄断法实践中，规制超高定价相关案件的规制难点和争议焦点则主要聚焦在相关市场界定、超高定价判定标准和处罚措施选择三个领域。

其次，规制超高定价必须充分考虑到不同产业经营者定价行为和定价方式的差异。在现实经济生活中，不同产业的经济特点可能千差万别，不同产业经营者的定价行为既与其产品的特点和企业经营的模式等内在因素有关，更与交易结构等外部因素有关。尤其是对于涉及知识产权的产业领域，规制超高定价更要考虑对投资和创新等因素的长期影响。例如，在标准必要专利领域，反垄断法规制超高定价时就必须“平衡标准必要专利相关当事人之间的利益，既保证专利权人能够从技术创新中获得足够的回报，同时也避免标准必要专利权利人借助标准所形成的强势地位索取高额许可费率。”^⑥

再次，规制超高定价的判定标准尚未形成系统化的规则。作为规制超定价的核心问题，欧共体竞争法的一些案例已经对超高定价的认定作出了有益的探索，但这些超高定价的认定标准远远没有系统化^[17]。而在我国反垄断法实践中，反垄断执法机构和法院对知识产权领域超高定价行为认定标准也存在巨大的差异。例如，在扑尔敏原料药案中，发改委认为湖南尔康医药经营有限公司价格增长明显超过正常幅度，且缺乏正当理由，因而认定其为超高定价^⑦。在2018年大明星公司诉音集协案中，法院主要侧重于考量音集协定价过程的程序正当问题^⑧。但2013年的华为诉IDC案中法院则采用价格比较方法，通过比较交互数字对苹果、三星、HTC等公司的专利许可使用费率，认为IDC公司向华为公司收取的专利许可费率明显超高^⑨。认定标准的相关差异既反映了我国对超高定价的研究还有待深入，但也说明现阶段我国反垄断法判定超高定价的标准仍是一个需要考虑产业特点和数据可获得性等因素的问题，应当根据不同案情进行确定。

最后，规制超高定价应当采取更为灵活的救济和惩罚措施。作为规制超高定价相关

⑥ 参见广东省高级人民法院(2013)粤高法民三终字第305号民事判决书。

⑦ 参见国家市场监督管理总局行政处罚决定书国市监处(2018)21号。

⑧ 参见云南省昆明市中级人民法院(2017)云01民初1782号民事判决书。

⑨ 参见广东省高级人民法院(2013)粤高法民三终字第305号民事判决书。

案件的规制难点和争议焦点之一，反垄断法对超高定价案件的处理可能存在漏判的问题，对受害人的救济和对行为人的惩罚均存在不足。对于被认定为构成超高定价的案件，反垄断法可以采取结构规制和行为规制两种方式，如何选择恰当的救济和惩罚措施，需要结合产业特点、市场状况、行为的危害性和执行能力等因素综合决定^{[17]108-115}。然而，由于交易相对人往往难以获得经营者的经营成本和定价策略等信息，且难以判定价格是否超高等现实问题客观存在，对于那些虽然涉嫌构成超高定价但正式认定又很困难的案件，执法部门或者司法机关目前仍然难以对其进行规制。因此，为实现反垄断法规制超高定价的立法本意，需要我国反垄断法执法机构采取更为灵活的救济和惩罚措施。

2.2 数据库出版商超高定价反垄断法规制的特殊性分析

不同行业领域的经济形态各有其特殊性，尤其是涉及知识产权的产业领域更是如此。为了实现反垄断法规制超高定价的制度目标，反垄断法执法机构和法院必须在考量不同行业经营者定价行为特殊性的基础上才能得出正确的法律判断。因此，对于数据库出版商定价行为的法律定性，需要结合数据库出版行业的交易标的、竞争方式、交易结构以及数据库出版商经营模式等方面的特殊性，方能进行准确的反垄断经济分析和规范分析。

第一，数据库商品交易标的的特殊性。数据库商品本身及其使用过程都与版权高度重合，对数据库商品的定价即是对数据库版权许可的定价。虽然目前学界对数据库是否属于版权法所保护的作品存在一定争议，有学者认为其为汇编作品^{[5]122-125}，但亦有学者认为其不被版权法所保护，属于““非独创性数据库”^{[6]21-24}；但是本文认为，将数据库作品界定为作品具有合理性，数据库作品应当享有版权。其一，数据库作品与数据库版权密切相关，获得数据库作品的使用权实际上就是获得数据库版权中的复制权^[18]。其二，很多数据库出版商主要通过版权许可合同的形式与图书馆签订相应的相关协议，数据库出版市场主要的交易标的就是数据库版权许可。其三，这一思路，也与我国 2018

年处理涉嫌音乐作品超高定价的“大明星公司诉音集协”案^⑩等案件的认定保持了一致。

实际上，数据库商品不仅受知识产权法保护，而且还受反不正当竞争法、合同法等多重法律的保护，但是数据库商品的主要权利基础还是版权，并且其主要运行模式依靠的是数据库版权许可。^{[4]8-13}正因如此，数据库出版商的超高定价行为，既区别于原料药、运输等传统行业经营者，也与标准必要专利权人存在差异。

第二，数据库商品竞争优势的特殊性。数据库商品因版权作品的繁荣而具有差异性，而且也正是基于这种差异性，相关数据库出版商才赢得了竞争优势地位。在当下数据库出版市场环境下，由于不同期刊、出版社乃至数据库之间提供版权作品的内容差异性日益明显，同类数据库商品之间的替代性日益削弱^[19]，使数据库出版商倾向于形成一种互补关系，培养具有特定消费者偏好的用户群体，形成一个相对独立的市场，而非形成紧密的竞争关系。换言之，数据库商品之间存在日益显著的差异，倾向于满足不同的消费者偏好，具有市场支配地位的数据库出版商是基于自由竞争形成市场势力。这使得数据库出版商垄断性质区别于其他版权领域的经营者，因为诸如音乐作品领域存在着集体管理组织等主体，其市场势力的形成来自于法定。

第三，数据库商品交易结构的特殊性。图书馆在与数据库出版商之间的交易结构存在错位现象，图书馆的自由交易权有限。在图书馆与数据库出版商的交易中暗含了额外两个交易角色，即作为数据库实际使用者的用户和作为购买资金实际提供者的学校。图书馆买什么的决定权受到本校特定用户群体的影响，但高校用户的实际支出成本为零；且购买的资金由校方提供，仅能用来购买同类商品，图书馆的交易经常受学校高校管理者和权威人士通过“指定”^[20]。正因图书馆并非数据库版权许可的真正使用者和支付者，因此其也往往难以判断数据库版权许可的真正价值。

第四，数据库出版商盈利模式和利润结构的特殊性。数据库出版商的主要盈利模式就是依赖数据库商品的销售，因此数据库商主要采用的捆绑销售办法增加销售额是行业

^⑩ 参见云南省昆明市中级人民法院（2017）云 01 民初 1782 号民事判决书。

惯例（其合法性姑且不论），其进行交易的最小单元经常是一个不能由图书馆自行挑选内容的“期刊包”；而且由于数据库出版商的主要盈利渠道就是数据库版权许可，因此其制定合同时大多采用单一的定价模式，图书馆如果拒绝接受超高定价，就只能承受数据库出版商拒绝交易的结果^{[20]103-111}。由于数据库出版商提供的“期刊包”价格透明度低且自主选择空间很小，在捆绑销售和拒绝许可的大棒裹挟之下，图书馆易受到类似于“专利劫持”¹¹的威胁，希望通过市场正常议价机制降低价格的可能性很小。

数据库出版行业的上述特殊性对数据库出版商定价行为的直接影响就是，其倾向于采取以不可替代期刊为核心的“期刊包”垄断高价定价策略，无论是反垄断法执法机构、法院还是图书馆都无法对其“期刊包”的价值和价格进行了精确的评判。此外，版权作品的繁荣带来的数据库不断扩容也为数据库出版商版权许可价格的持续上涨提供了合理经济理由。这就是使得反垄断法对数据库出版商超高定价的规制在相关市场界定、超高定价的判定方法以及处罚措施选择等方面也面临着巨大的挑战。

2.3 反垄断法规制数据库出版商超高定价的难点分析

2.3.1 相关数据库出版市场的界定

相关市场的判断包括相关商品市场和地域市场两方面，并且必须考虑知识产权、创新等因素的影响。根据《关于禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》，相关商品市场既可以是相关技术市场（指由行使知识产权所涉及的技术和可以相互替代的同类技术之间相互竞争所构成的市场），也可以是含有特定知识产权的产品市场。由于现行反垄断法中对“技术市场”的判断显然是对专利法语境下专利权客体的表述；转化到版权领域，应当表达为“作品市场”更为恰当，其交易标的就是数据库版权许可。因此，数据库作品版权许可的相关商品市场是由具有替代性的数据库作品版权许可共同组合形成的数据库作品版权许可集合，而这个版权许可集合就是版权许可协议所对应的

11 专利劫持是指专利权人利用交易相对人对于产品所覆盖的所有专利权利真实状况以及专利权人与在先交易的相对人交易情况等信息的不对称，运用诉讼和禁令相威胁，索要并获得高于基准许可费率的利己性投机行为。本文认为，在数据库出版领域也存在着类似的问题，本质上都是对知识产权的一种滥用，但因数据库出版商利用的是数据库版权（包括数据库之内的作品版权）而有所区别。

“期刊包”。

判断数据库作品版权许可的替代性是界定相关数据库作品市场的主要标准，应从需求替代性和供给替代性两个方面进行分析判断。在具体判断过程中，基于数据库商品交易结构的特殊性，替代性的判断标准应采取实际使用的用户标准。（1）在判断数据库作品版权许可的需求替代性，需要考量以下四个因素：第一，数据库版权作品涵盖的学科范围和期刊范围。如果两种数据库在学科范围和期刊范围上高度相似，则彼此可能产生可替代性。例如，在“多学科化学”类期刊销售中，美国化学会出版的期刊总份额达到 48.4%，而世界五大数据库出版商 Elsevier 和施普林格则仅有 4.6% 和 2.5% 的份额，说明美国化学会在学科领域内可能具有不可替代性^{[3]40-45}。第二，数据库涵盖的文献类型。如果两种数据库作品在数据信息、期刊或者书籍方面各有侧重，则彼此就不一定具有可替代性，例如中文电子书领域，超星电子书的数量多达 150 万种，为国内最大的电子书下载平台，在该市场领域其他数据库就可能难以替代。第三，数据库作品版权许可的价格。如果数据库作品在学科范围、期刊范围、文献类型等方面近似，但是在价格上存在巨大差异，则两者可能覆盖不同的消费群体，因而不具有替代性。第四，消费者偏好。如果某一数据库长期被一些消费者所使用，已经产生了忠诚度，则某一数据库作品版权许可可能具有不可替代性。（2）在数据库版权许可的供给替代性方面，应当注意以下两个方面的指标：第一，数据库出版商之转产能力，即其他数据库出版商是否能以合理成本得到的其他替代性数据库作品及其所包含的期刊文献的版权许可。第二，数据库出版商之转产时间，即其他数据库出版商是否具备依据现有的条件和与作者、期刊社甚至其他出版商的合作情况，可以迅速提供相同或者相近数据库作品版权许可。

在实践中，为帮助消除相关数据库作品版权许可市场界定中存在的不确定性，可以采用“假定垄断者测试”这一分析思路。按照该思路，首先应从反垄断审查关注的数据库出版商所提供的“期刊包”开始考虑，假设该数据库出版商是以利润最大化为经营目标的垄断者，那么要分析的问题是，在其他数据库出版商类似“期刊包”的销售条件

保持不变的情况下，假定垄断者能否持久地（一般为 1 年）小幅（一般为 5%—10%）提高目标商品的价格。按照一般经济学假设，目标“期刊包”涨价会导致需求者转向购买具有紧密替代关系的其他数据库商品，从而引起假定垄断者销售量下降；但如果目标“期刊包”涨价后，即使销售量下降也仍然有利可图，则目标“期刊包”就构成相关商品市场。如果图书馆转向了其他“期刊包”，使其无利可图，那么则需要把该替代“期刊包”增加到相关商品市场中继续进行测试，直到假定垄断者可以通过涨价实现盈利为止，由此便可界定出相关商品市场。然而，这里可能面临的问题在于，国内外很多数据库出版商的许可协议就已规定了每年持续涨幅，这些年度涨幅经常超过 10%，甚至高达 20%以上，而违反经济学常识的是，需求者的数量却是在不断增长的^{[20]103-111}。这是否就足以证明，该数据库出版商的相关“期刊包”即可单独构成一个商品市场？本文认为，图书馆忍受长期且高额的涨幅的现状与“假定垄断者测试”所希望检测的结果是一致的；能够长期高额涨价，究其根本原因在于数据库商品之间因版权作品不同而存在的差异性和不可替代性特点，因而也是数据库出版商市场实力的一个体现；如果还能证明相关“期刊包”存在市场进入壁垒（例如，对图书馆最具吸引力的期刊均是其独家期刊）等其他因素，那么可以认为这些“期刊包”对应的数据库作品版权许可市场可单独构成一个相关商品市场。

此外，在判断数据库出版的地域市场方面，由于数据库出版商所依凭的相关数据库作品版权本身具有地域性的特点，结合我国“一国两制四法域”的特点，国内外数据库出版商提供的数据库作品的地域范围应依据我国大陆地区、台湾地区、香港地区和澳门地区范围进行版权许可范围的划分。

2.3.2 数据库出版商超高定价的判定方法

判断数据库出版商的定价是否属于超高定价是禁止超高定价制度适用的核心问题。从反垄断法的国际实践经验来看，随着欧盟、英国、德国和法国等国家和地区规制超高定价实践的深入，各国逐渐发展出了一些判断超高定价的方法，其中典型的包括成本-价格比较法、成本加溢价法、可参照价格比较法以及产品经济价值检测法等^[21]；这些方

法均为定量分析方法，核心思路在于判定其价格与产品的经济价值之间是否存在合理联系。在版权领域，法国迪斯科舞厅诉法国音乐人创作人和版权代理商协会（SACEM）案是规制版权许可超高定价的典型案例。在本案中，欧洲法院采用的就是可参照价格比较法（即比较 SACEM 的音乐作品版权许可价格与欧盟其他的成员国音乐作品版权许可价格），判断其价格是否过高^[22]。从我国的反垄断法情况来看，根据《反价格垄断规定》第 11 条的规定，认定超高定价应当考虑下列因素：（1）销售价格或者购买价格是否明显高于或者低于其他经营者销售或者购买同种商品的价格；（2）在成本基本稳定的情况下，是否超过正常幅度提高销售价格或者降低购买价格；（3）销售商品的提价幅度是否明显高于成本增长幅度，或者购买商品的降价幅度是否明显高于交易相对人成本降低幅度；等。但在我国反垄断法实践中，如前所述，反垄断执法机构和法院对知识产权领域超高定价行为认定，有时采取定量分析法（可参照价格比较法、成本-价格法和定价程序合理性判断等），但有时却采取定性分析法。对此，不少外国学者对我国相关采用定性分析方法的案件提出了不少质疑，认为法院仅对定价行为进行定性分析不能对实践形成有效的引导；相比而言，定量分析方法则更为可取^[23]。

在数据库出版商的超高定价判定方面，为对数据库出版商和图书馆的谈判实践产生良好的指引，采取定量分析法显然更为合理；其中，以可参照价格比较法较为契合数据库出版市场的情况。数据库商品作为一种典型的信息产品，具有知识产品的无形性、创作成本难以确定、固定成本较高和边际成本低等特点，且以不同种类的“期刊包”作为最小销售单元，研究其成本-收益和判断经济价值的难度极高，因而不适宜采用采用成本-价格比较法和成本加溢价比较法。而且研究数据库商品的产品经济价值检测法等方法由于缺乏我国反垄断法上的依据，在实践中也难以操作。参考我国和国际上关于判定滥用知识产权超高定价的立法和司法经验，可参照价格比较法应是目前确定知识产权许可使用费价格是否超高最为合理的方法。具体而言，既可以直接比较数据库版权权利人对相同条件下的交易相对人的版权许可价格，也可以比较数据库出版商在其他区域、

相似条件下对相对交易人的许可价格，或者从时间角度比较版权权利人提价的幅度等等。例如，在时间角度的价格比较方面，目前不少业内人士均认为，如果数据库版权许可的连续涨价幅度保持在 5%-7% 区间内，应属于较为合理的涨价幅度^{[10]40-43}。但是自 1999 年以来，不少国内外知名数据库出版商持续每年涨幅都超过 10%，甚至有的还超过了 20%，显然超过了业内人士认为的合理涨价幅度，存在超高定价的嫌疑。

值得一提的是，随着近期中国经济的发展，目前很多外国知名数据库对中国图书馆定价时，倾向于采取对标欧美发达国家收费标准，这显然与我国目前发展中国家的经济和社会现实不相符。因此，运用可参照价格比较方法的核心在于选择可比较的价格参照标准，必须以我国发展中国家的国情为基础，综合考虑数据库作品版权许可范围、数据库使用量、数据库作品版权许可与纸质期刊的关系和通货膨胀情况等因素，谨慎选择可参考价格作为基准价格。

2.3.3 经营者承诺制度的灵活适用

虽然近期我国反垄断法也开始处置滥用知识产权的超高定价案件，但相关案件在国际和国内均引起了不少争议。实际上，纵观各国反垄断法对超高定价的调查和处理，被怀疑实施超高定价的经营者受到反垄断执法机构和法院的直接处罚或者裁决的尚属少数^[24]。这一现象反映了超高定价反垄断法规制的一些尴尬处境：虽然通过反垄断法明确建立该规定，能够获得消费者和社会公众的普遍欢迎，但在执行过程中却困难重重，不仅对于禁止超高定价的适用范围限制严格，而且在超高定价的认定方法上存在难以取证的问题。为缓解这一尴尬处境，欧盟、英国等多是倾向于对可能存在的超高定价案件进行长期而细致的调查，同时允许经营者作出相应的承诺，以换取反垄断执法机构的中止调查和免于处罚。这种经营者承诺包括作出降低价格的承诺、对方当事人进行了和解等等。本质上讲，在对经营者实施超高定价行为所采取的反垄断行动，其根本目标在于使相关商品的价格回归市场竞争水平^[25]。如果经营者能够承诺在反垄断执法机构或者法院（以及当事人）同意的期限内采取具体措施消除其后果，那么无论是对于反垄断执法机

构或法院，还是对于当事人，都是一个应予接受的结果。

在数据库出版领域，数据库出版商定价行为和交易结构的特殊性导致反垄断法规制超高定价面临着更高的难度，单独的反垄断法调查往往不足以迫使数据库出版商适用经营者承诺制度，还需要以经常性的市场调查为依托，并且辅之以严厉的处罚结果。在立法层面，我国《反垄断法》第 45 条已经构建了经营者承诺制度，为我国实施该制度提供了依据。根据该规定，在反垄断执法机构调查涉嫌垄断行为过程中，被调查的数据库出版商承诺在一定期限内采取具体措施消除该行为后果的，反垄断执法机构可以决定中止调查并进行监督；如果数据库出版商履行承诺的，反垄断执法机构可以决定终止调查的制度。但是该制度仍是有待完善的。实施经营者承诺制度的前提是相关反垄断执法调查的启动，而反垄断调查的启动必须设定相应的条件。如何设定合理的调查启动条件，既使反垄断执法机构和数据库出版商免于受到陷入超高定价案件的“汪洋大海”之中，又保证确实存在超高定价嫌疑的数据库出版商得到威慑？从 OECD 规制国家规制超高定价的案件来看，严格设定实体性条件存在很大的难度，但从程序性条件来看，由反垄断执法机构对特定行业进行经常性的调研，及时发现可能存在的超高定价问题，不失为一个较为可行的应对方法^[26]。与此同时，法经济学的相关研究已经证实，当处罚的概率较低时，只有实施更高的处罚标准，才能真正对潜在的违法者进行有效的威慑。因此，只有未来的反垄断法指南之中，规定对数据库出版商的处罚尺度是在法定范围内从重处罚，才能更为有效地推动经营者去实施经营者承诺制度。

此外，经营者承诺制度适用于数据库出版商超高定价的反垄断调查，应当以数据库出版商承诺使数据库作品版权许可价格的回归“竞争水平价格”为核心，但也可以包括数据库出版商放开其对独家期刊的授权许可、改变市场竞争结构等措施，从需求和供给两个层面进行调整，实现对图书馆和消费者利益的有效保护。但必须注意地是，经营者承诺制度只能适用于证据尚不足以判定数据库出版商构成超高定价的情形，对于证据足以判定数据库出版商构成超高定价的，反垄断执法机构应当直接予以惩罚。

3 结论

数据库出版商的超高定价是数据库出版商凭借其在数据库作品版权许可市场的支配地位以高于竞争水平的价格向图书馆和消费者收取高昂版权许可费的行为,反垄断法对其规制具有正当性和必要性。尽管禁止超高定价制度的适用范围有限,但是其在提升数据库出版市场经济效率、鼓励科研创作以及维护图书馆和消费者利益方面的作用不容忽视。

我国反垄断法对数据库出版商超高定价的规制,与规制一般经营者超高定价的基本逻辑一脉相承,但必须考虑到数据库出版行业的交易标的、竞争方式、交易结构以及数据库出版商经营模式的特殊性。对相关数据库出版市场的界定可以在综合分析其需求和供给两方面因素的基础上,使用假定垄断者测试法;而在确定数据库作品版权许可使用费价格是否超高方面,目前最为合理的方法是参照价格比较法(包括商品维度、时间维度和空间维度等);由于反垄断法规制数据库出版商超高定价的核心目的是在于使相关数据库作品版权许可的价格回归竞争水平,如果灵活运用经营者承诺制度亦能取得该效果,则应予实施。

未来我国反垄断法对数据库出版商超高定价的规制,还应与数据库版权制度实现有效协调,通过反垄断法的实施实现对数据库出版商垄断霸权的适当限制,促使数据库出版商与图书馆能够在相对公平的法律天秤之上进行互动博弈。

参考文献

- [1] 薛山顺,李淑英,洪敬兰.国外书刊及数据库价格急剧上涨原因分析[J].图书馆建设,2008,(9):40-42.
- [2] 孙瑞英,徐盛.对数据商霸权行为的抵制研究—兼作答“程焕文之问”[J].图书馆论坛,2015,35(06):1-6.
- [3] 李聪.基于供应链的国外学术期刊数据库出版商博弈策略探析[J].情报科学,2013,31(01):40-45.
- [4] 秦珂.出版商在图书馆数据库贸易中滥用许可权的反垄断法规制[J].图书馆论坛,2015,35(07):8-13.

-
- [5] 梁冬莹, 叶文芳, 王春霞. 国际文献数据库在我国版权保护问题研究——以爱思唯尔 ScienceDirect 为例[J]. 科技与出版, 2016(07):122-125.
- [6] 郑英龙. 期刊全文数据库法律保护研究[J]. 中国出版, 2013(05):21-24.
- [7] 鄢显俊. 信息垄断揭秘——信息技术革命视阈里的当代资本主义新变化[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2011: 114-128.
- [8] 梅夏英, 任力. 关于反垄断法上不公平高价制度的法律适用问题[J]. 河北法学, 2017, 35(04):38-52.
- [9] Verizon Commc' ns Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398, 407(2004).
- [10] 肖鹏. 重建津梁:数据商眼中的“程焕文之问”[J]. 图书馆论坛, 2016, 36(05):40-43.
- [11] 杨亦晨, 杨遂全. 论专利相关不公平高价认定方法的完善——以高通案与华为诉交互数字案为视角[J]. 西南民族大学学报(人文社科版), 2016, 37(04):92-97.
- [12] HOU L. Excessive Prices Within EU Competition Law [J]. European Competition Journal, 2015, 7(1): 47-70.
- [13] Blue Cross & Blue Shield v. Marshfield Clinic, 65 F.3d 1406, 1413 (7th Cir. 1995)
- [14] 黄勇, 刘燕南. 《价格法》与《反垄断法》关系的再认识以及执法协调[J]. 价格理论与实践, 2013(04):19-22.
- [15] 佚名. 两医药公司垄断复方利血平原料药受到严厉处罚[J]. 中国价格监督检查, 2011(12):4.
- [16] 喻玲, 曾杨欢. 药品领域超高定价行为的反垄断规制[J]. 江西财经大学学报, 2018(02):108-117.
- [17] 叶卫平. 平台经营者超高定价的反垄断法规制[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2014, 32(03):108-115.
- [18] 李扬. 试论数据库的法律保护[J]. 法商研究, 2002(1): 57-66
- [19] 周围. 知识产权诱致的产品差异化与相关市场界定[J]. 兰州学刊, 2017(11):117-127.
- [20] 魏辅轶, 檀博. 高校图书馆数字资源采购话语权的重建[J]. 图书馆论坛, 2018, 38(05):103-111.
- [21] Rutger Daems. Are Pharmaceutical Prices Excessive and Unfair?:A Competition Policy and Regulatory Framework[R]. MSM Working Paper No. 2018/01.
- [22] GAL M S. Monopoly pricing as an antitrust offense in the U.S. and the EC: two systems of belief about monopoly [J]. Antitrust Bulletin, 2004, 49(1/2): 343-84.
- [23] Douglas H. Ginsburg, Bruce H. Kobayashi, Koren W. Wong-Ervin, and Joshua D. Wright. “Excessive Royalty” Prohibitions and the Dangers of Punishing Vigorous Competition and Harming Incentives to Innovate[R]. CPI Antitrust Chronicle, March 2016.
- [24] 王先林. 超高定价反垄断规制的难点与经营者承诺制度的适用[J]. 价格理论与实践, 2014(01):13-18.
- [25] Liyang Hou. EXCESSIVE PRICES WITHIN EU COMPETITION LAW[J]. European Competition Journal. 2011, 7(1): 47-70.
- [26] OECD. Excessive Prices in Pharmaceutical Markets[R]. OECD DAF/COMP (2018) 12, 27-28 November 2018.

[作者简介]

陈学宇 1986 年生，厦门大学知识产权研究院 2015 级博士研究生，研究方向为知识产权法、反不正当竞争法和反垄断法等，E-mail: chxuey2006@163.com。

